

Audiencia Nacional

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) Sentencia de 20 junio 2014

[JUR\2014\187015](#)



CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: Efectos del contrato de obras: riesgo imprevisible: incremento del precio de ligantes asfálticos: alteración sustancial del equilibrio económico del contrato: inexistencia: imprevisibilidad: inexistencia: indemnización improcedente.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo 704/2012

Ponente: Excmo Sr. Fernando Ruiz Piñeiro

SENTENCIA

Madrid, a veinte de junio de dos mil catorce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo **núm. 704/2012** que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales **D. Miguel Ángel Heredero Suero**, en nombre y representación de **Ingeniería y Construcción Moymar, S.A. y Rayer Construcción, S.A. "UTE Maranchón"** frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Ministerio de Fomento por silencio administrativo en materia relativa a restablecimiento del equilibrio del contrato por desproporcionada elevación de los precios del Betún y Emulsiones. Ha sido Ponente el Magistrado **D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La recurrente indicada interpuso ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional recurso contencioso-administrativo el día 29 de octubre de 2012 contra la Resolución de referencia.

SEGUNDO.- La parte actora formalizó la demanda mediante escrito de 15 de febrero de 2012 en el cual, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor terminó solicitando se condene al Ministerio de Fomento a abonar a la actora la suma de 132.351,78 euros o, subsidiariamente la cantidad de 113.073,84 euros en concepto de indemnización adicional a la revisión de precios por la ruptura del equilibrio económico del contrato como consecuencia del

incremento imprevisible y extraordinario del precio de los ligantes (betunes y emulsiones) durante la ejecución de la obra "Conservación del Firme. Rehabilitación del Firme de la CN-211, Tramos Maranchón-Aragoncillo y Molina de Aragón-El Pedregal". Y se le abonen los intereses legales de la suma mencionada desde la fecha en que se fije la misma, con imposición de costas a la Administración demandada.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la inadmisibilidad del mismo y su desestimación, con imposición de costas a la parte actora.

CUARTO.- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la solicitada y admitida, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, y se señaló para votación y fallo del recurso la fecha del 4 de junio de 2014 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

QUINTO.- La cuantía del recurso quedó fijada en 132.351,78 euros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La actora solicita una indemnización adicional a la revisión de precios por importe de 132.351,78 euros IVA excluido como consecuencia de que, según alega, ha tenido lugar la ruptura del equilibrio económico del contrato, como consecuencia del incremento imprevisible y extraordinario del precio de los ligantes, betunes y emulsiones, durante la ejecución de la obra "Conservación del Firme. Rehabilitación del Firme de la CN-211, Tramos Maranchón-Aragoncillo y Molina de Aragón-El Pedregal".

La cuestión litigiosa ha sido resuelta en anteriores sentencias de esta Sala, resolviendo reclamaciones de contenido y fundamento semejante a la de autos, por ejemplo en la sentencia de siete de julio de dos mil seis, recurso contencioso administrativo nº 320/2005 ; la sentencia de quince de octubre de dos mil doce, dictada en el recurso contencioso- administrativo nº 680/2010 ; la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2013, recurso 947/2011 ; la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2013, recurso 657/2011 ; y la sentencia de fecha 7 de octubre de 2013, recurso 1048/2010 .

Y hemos dicho:

<<A fin de decidir si, como pretende la recurrente, procede condenar a la Administración a que le abone una indemnización como consecuencia del desequilibrio económico producido por el alza de los ligantes en el mercado, es preciso aclarar con carácter previo si tal alza puede comportar un riesgo imprevisible y si tal indemnización procede aún en el caso en, como ocurrió en el contrato litigioso, se hubiese establecido una cláusula de revisión de precios.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 27 de octubre de 2009 (y en igual sentido la de 16 de junio de 2009) dijo:

...«la tesis de la sentencia recurrida es en todo conforme con la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo, expresada en [Sentencias de 6 de mayo de 2008 \(RJ 2008, 2629 \)](#) (recurso de casación nº 5111/2006), [18 de abril de 2008 \(RJ 2008, 2614 \)](#) (recurso de casación nº 5033/2006) y de [25 de abril de 2008 \(RJ 2008, 4966 \)](#) (recurso de casación nº 5038/2006), que desestimaron los respectivos recursos de casación en los que se pretendía, cual aquí acontece, el abono de determinadas cantidades derivadas del incremento del precio de los productos derivados del petróleo.

Siendo de destacar la similitud de las cuestiones planteadas en los recursos citados y en el presente no sólo porque se aducía la infracción de las mismas normas y jurisprudencia sino además

porque los hechos antecedentes de la litis eran ciertamente similares.

Debe agregarse, además, que no cabe apreciar la infracción de la doctrina anterior de esta Sala que el recurrente aduce, pues se trataba de sentencias que resuelven situaciones distintas, ya que en ellas los precios del petróleo no habían sido liberados, pues la liberación se produce por Orden del Ministerio de Hacienda de 1 de octubre de 1986, y en otras no había cláusula de revisión de precios y si la había era anterior a la nueva fórmula de revisión de precios.

En nuestra Sentencia de 18 de abril de 2008 (recurso de casación nº 5033/2006) pusimos de manifiesto que "(...) la doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse".

Por otro lado, tal y como expusimos en nuestra Sentencia de 25 de abril de 2008 (recurso de casación nº 5038/2006):

"Es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación.

Implica, por tanto, aplicar los principios de equidad (art. 3.2 C.Civil) y de buena fe (art. 7.1 C.Civil) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública. Habrá de atenderse al caso concreto ponderando las circunstancias concurrentes.

Tal cual se ha dicho en la reciente sentencia de 18 de abril de 2008, recurso de casación 5033/2006 , respecto una situación análoga, es claro que, tal cual refleja la Sala de instancia, los precios del petróleo se liberalizaron tras la Orden Ministerial de Hacienda de 1 de octubre de 1986. En consecuencia, en la fecha de adjudicación del contrato, 1993, ya estaban liberalizados los precios constituyendo por ello un riesgo si incrementaban el precio o una ventura en el caso de que aquel disminuyese.

Es cierto que el [art. 14 LCAP \(RCL 2000, 1380 y 2126\)](#) estatuye que los órganos de contratación cuidarán de que el precio de los contratos sea adecuado al mercado. Por ello se fijan mecanismos legales para garantizar la equivalencia de prestaciones y el equilibrio financiero. Uno de tales mecanismos es la revisión de precios cuya fórmula o sistema de revisión deberá venir detallado en el pliego de cláusulas administrativas conforme al art. 104 LCAP , [art. 103 TRLCAP](#) , art. 77 de La [ley 30/2007, de 30 de octubre \(RCL 2007, 1964 \)](#) , de Contratos del Sector Público .

Y taxativamente declara el Tribunal de instancia que el Pliego de condiciones establecía la invariabilidad de las fórmulas de revisión de precios aplicadas al contrato durante su vigencia.....Lo expuesto en los fundamentos precedentes evidencia que no obstante el notorio incremento del precio del petróleo acontecido en los últimos tiempos no nos desenvolvemos en circunstancias semejantes a las enjuiciadas en las sentencias anteriormente citadas.

Los contratos subyacentes en las mismas carecían de fórmula de revisión de precios o la misma no se adecuaba a las fórmulas instauradas tras los Decretos más arriba mencionados recogiendo ya un nuevo cuadro para los pavimentos bituminosos elaborado a la vista de lo entonces acontecido.

El contrato aquí controvertido si prevé la revisión de precios y justamente con arreglo a una de las fórmulas implantadas tras las antedichas elevaciones de precios por lo que la Sala de instancia no conculcó la jurisprudencia esgrimida.

Debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La

incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo.

En el momento actual no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto Ley 2/1964, de 4 de febrero al cifrarlo en el 2,5 % del contrato, supuestos analizados en las sentencias esgrimidas.

Y por ello la Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57% en presupuesto inicial, o 3,14% en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado, mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible. En este caso, tal y como refiere la Sentencia recurrida "conforme indica el Consejo de Obras Públicas, aún cuando ha quedado acreditada la fuerte subida de dichos precios y la insuficiencia de la fórmula de revisión de precios, también reconocida por el Consejo de Estado, lo cierto es que no ha quedado acreditado en autos como indica éste último órgano que tales aumentos hayan supuesto efectivamente una quiebra del equilibrio económico del contrato examinado, no bastando la simple referencia a la superación o no del determinado límite irrelevante conforme la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

Con este fundamento, esta Sala ha concluido que:

- a) La regla general en el ámbito de la contratación pública es la del "riesgo y ventura".
- b) Al igual que si bajan los precios de los ligantes o de cualquier materia, prima o elaborada, que el contratista emplee en la obra, el contratista se ve beneficiado con ello (ventura), sin que la Administración, pese al aumento del lucro por tal contratista, pueda minorar el precio del contrato, tampoco deberá suceder lo contrario, que las alzas de precios den lugar a compensación.
- c) La doctrina del "riesgo imprevisible", enlazada a la de la cláusula "rebus sic stantibus", exige la aparición de un riesgo "que no pudo ser previsto" al tiempo de celebrarse el contrato. No puede ser empleada para precaver la compensación de riesgos racionalmente previsibles.
- d) Es preciso además que, por el cambio de las circunstancias, se "alteren sustancialmente" las condiciones de ejecución del contrato. Y que ello suceda hasta el punto de que la prestación pactada resulte "mucho más onerosa" para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse.

Y es que, con independencia de la previsibilidad de las alzas de los precios en mercados liberalizados, lo cierto es que no puede estimarse que se haya producido una alteración sustancial del equilibrio contractual en nuestro caso.

La actora, que en su escrito de demanda, y por medio de Otrosí manifestó su intención de proponer la práctica de una prueba pericial judicial a fin de que se establecieran determinados extremos, no ha propuesto ni practicado prueba alguna que permita a esta Sala comprobar si efectivamente existió el perjuicio alegado. No solo no se ha acreditado la existencia de perjuicio sino que no se ha acreditado el extremo fundamental, la cuantía del mismo. No hay prueba de que haya tenido lugar un resultado dañoso como consecuencia del precio de los ligantes, ni caso de haberlo habido cual sería el porcentaje del mismo en relación con el importe de la liquidación definitiva y el beneficio industrial. No bastan a tales efectos los cálculos que recoge el escrito de demanda, y que sitúan el porcentaje "cualitativo" en "superior al 2,5% del presupuesto total de la obra" y el cuantitativo en un alto porcentaje del beneficio industrial.

Aún si se admitiesen esos cálculos, el incremento de precios en este caso se encontraría dentro de los parámetros citados en las Sentencias señaladas y también en la STS de 4 de junio de 2008 que, una vez más, sitúa dentro de la razonabilidad un 3,14% del total del contrato.

En alguna reciente Sentencia de esta propia Sala y Sección, cual sucede con la de 26 de mayo de 2011 , se ha declarado incluso que un 3,30% se encontraba también dentro de los márgenes razonables del incremento de precios.

En esta sentencia se indicaba que la subida posible del precio del petróleo y del coste de los ligantes era una circunstancia que la actora debía conocer y prever; constaba en dicho recurso en autos, como es el caso en este litigio, que se pactó la revisión de precios, y que no fue opuesta salvedad por la hoy recurrente a la certificación final.

Resulta en consecuencia que no procede la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible porque el aumento de los precios del petróleo no es un supuesto de fuerza mayor, o de total imprevisibilidad, y por otra parte, no se ha establecido que la actora haya sufrido consecuencias que constituyan una onerosidad tal que rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones, y el posible desequilibrio, por otra parte, ha sido compensado mediante la fórmula de la revisión de precios.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho>>.

SEGUNDO

Procede desestimar la causa de inadmisibilidad opuesta por la Abogacía del Estado, referida al transcurso del plazo de cuatro años desde que se efectuó la reclamación, por cuanto es fácilmente deducible de las actuaciones que el expediente, desde la inicial reclamación, no estuvo absolutamente paralizado durante dicho tiempo. La reclamación se efectúa el 4 de junio de 2008, pero en el expediente se evacúa informe el 21 octubre de 2008, del Ingeniero Director de la Obra. Además la propia administración reanuda el expediente el 5 de marzo de 2012, solicitando a la actora una serie de datos, y posteriormente expide la certificación de acto presunto.

También se alega inadmisibilidad parcial del recurso al demandar en autos una cantidad mayor a la solicitada en vía administrativa. Dicho exceso podría ser, en su caso, motivo de una estimación parcial de la pretensión, pero no una causa de inadmisión parcial dada su íntima relación con la pretensión de fondo.

Al igual que ocurría en alguno de los recursos que hemos citado, en el presente también se aporta informe pericial de D. Ismael , que sitúa el porcentaje de desequilibrio en el 3'86% ó 3'30%, según se considere el presupuesto de ejecución material o éste más los gastos generales.

Idéntica solución a la allí alcanzada debemos sostener en el presente caso, pues al no existir fuerza mayor o total imprevisibilidad del aumento de los ligantes, no procede acceder a la pretensión actora. Además tampoco existe una acreditada onerosidad que rompa el equilibrio de las prestaciones que, en cualquier caso y de existir, habría sido compensado mediante la revisión de precios.

No desconocemos que hemos dictado dos sentencias recientes, en febrero de 2014, que sostienen la tesis contraria, pero entendemos que la solución acertada en derecho es la que aquí sostenemos, siguiendo las sentencias que ya hemos citado en el fundamento anterior, que es la tesis que sigue esta Sala y Sección en la materia. Tesis que, en todo caso, hemos seguido manteniendo, a cuyo efecto podemos citar las muy recientes sentencias de fecha 19 de mayo de 2014, recurso 128/12 y de fecha 9 de junio de 2014, recurso 568/2012 .

TERCERO

En virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LRJCA , procede imponer las costas a la parte recurrente.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

F A L L A M O S

Que debemos **DESESTIMAR y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Ingeniería y **Construcción Moymar, S.A. y Rayer Construcción, S.A. "UTE Maranchón"** frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Ministerio de Fomento por silencio administrativo en materia relativa a restablecimiento del equilibrio del contrato por desproporcionada elevación de los precios del Betún y Emulsiones, la cual confirmamos. Con imposición de costas a la parte actora.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la [Ley Orgánica del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) .

ASÍ por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.